

CISG 中根本违约的界定

张倩雯

(福建厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要:《联合国国际货物销售合同公约》作为国际贸易法律统一化的里程碑,在国际商事活动中有着极为重要的地位。其中第 25 条对根本违约制度的规定,相较于以前的法条有了很大的发展。然而,该规定考虑到实践等因素,对很多可能产生争议的的关键点都采用了弹性的词语。鉴于根本违约在商事活动中不可或缺的作用,结合根本违约制度发展的历程以及学者学说、判例等资料提出了对第 25 条规定的较为合理可行的解释。并指出了如何在我国的《合同法》中借鉴《联合国国际货物销售合同公约》中根本违约的规定,使我国在贸易全球化的今天在法律上也真正同世界接轨。

关键词:根本违约;可预见性;实际损害;合同法

中图分类号: D9

文献标识码: A

文章编号: 1672-3198(2010) 05-0268-02

1 《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)中对根本违约制度的规定

1.1 CISG 中对根本违约的定义

1.1.1 定义

《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称 CISG) 第 25 条对根本违约做出了规定:“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西,即为根本违反合同。除非违反合同一方并不预见而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预见会发生这种结果。”由此可见, CISG 同样是采用的结果主义的立场。

1.1.2 构成要件

鉴于根本违约在国际货物买卖中的重要地位,英美国家的判例和学者学说已经对它的构成要件有诸多评述。一般认为构成根本违约的要件有:违反合同义务的事实;损害的存在;实质上的剥夺;可预见性。下文会针对构成要件的具体含义及判定进行详细讨论。

1.1.3 举证责任

CISG 在提出根本违约概念的同时,也引发了举证责任的问题。究竟谁有义务证明存在“实际上的”“可预见的”损害?我国在民事纠纷上原则上采用“谁主张,谁举证”的原则,英美法系中也有“the burden of prove would be on the innocent party”的说法,这容易造成根本违约的举证责任也在于债权人这一错觉。然而事实上,若要债权人证明这一切对其是很不公平的,因而许多学者也都指出,债权人只需要证明损害达到的严重程度,不可预见的证明责任在债务人方。

1.2 客观第三人标准

CISG 里面对于“可预见性”的规定相较于之前的 ULIS 等有了较大的发展。上文已经提到,ULIS 中的规定试图让违约方在订立合同时,回答“一个与对方处于相同境地的通情达理的人如果预见到违约行为及其后果是否还会与其订立合同”这一假设性问题。而后来的公约 1978 年草案第二十三条关于“可预见性”的规定是“除非违约方未曾预见也没有理由预见”,在立法过程中,原有的表述“且违约方预见到或者有理由预见”隐含着应由无辜的受害方来承担举证责任,对于这一处置,贸法会认为是不恰当的,并且通过“除非”一词来对双方的地位加以修正。CISG 引入了新的标准,具体表述为“除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发

生这种结果。”可以看出, CISG 是将判断标准细化了,分为两个部分。一方面是主观标准,要求违约方要证明其未曾预见,但仅仅是这一个标准不足以保障债权人的权益,因为违约方单方主观证明的随意性太大,因而引入了客观第三人的标准,即一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。

虽然说 CISG 里面对于“可预见性”的这样一个定义相较于之前在可操作性和保障双方利益上都有了很大的进步,但是仍然受到许多学者的批评。究竟什么是“同等资格”?这样的同等要考虑许多因素,不仅仅是同等的贸易领域、在贸易中起到的作用等贸易实践中的问题,还包括整个社会贸易背景,比如宗教、语言、习惯标准等等。看上去标准个体化的趋势越来越明显。另外,中英文的用语不同也导致了解读的差异性。中文文本中所使用的连词时“而且”,应当说表明了比较明确的递进关系,客观第三人标准起兜底条款的作用。但英文文本中使用的“and”,其含义比较不确定,可能的一种解释便是,在认定根本违约时违约方的特殊知识和经验等不应被考虑在内,从而使违约方逃脱可能应当承担的责任。比如实践中,违约方具有比一般商人更为专业的知识或是技术,导致了其实际上具有更强的预见能力时,是否仍然应当仅仅考虑一般的“reasonable person”,这就存在分歧。笔者认为法律因其本质的要求导致规定难以涉及包含实践的方方面面,这是非常正常的。而实践则应当结合现实的因素解读条文,因此应当将违约方的特殊性考虑在内。

1.3 预见的时间标准

CISG 第 25 条在提出“可预见性”这么一个标准的同时,也引发了一个问题:债务人要证明其不能预见的时间是什么时候?是合同订立时还是违约行为发生时? CISG 并未确定预见的时间标准。

从立法史我们可以初步判断,未说明具体的时间并不是 CISG 的疏漏,而是为了给法官根据具体案情行使自由裁量权的机会。作为 CISG 前身的 ULIS 第十条曾经就“可预见性”的标准确立的时间点做出了明确的规定,是“违约方在订立合同时预见到或者理应预见到”。但到了公约 1978 年草案,其规定则将时间模糊掉了,而该草案第二十三条的秘书处评论则指出,“在发生争议的情况下,必须由法庭作出相关的裁定”。而 CISG 第 25 条的规定看来也沿袭了这样的立法理念。但是鉴于预见时间在判断是否构成根本违约中的重要地位,不同时间债务人掌握的信息量是大有不同

的,因而预见的能力也会大相径庭,所以许多学者仍然通过文义分析等方式确定预见的时间标准,在这个问题上总是争论不休。如 CISG 谈判代表德国学者 Schlechtriem 主张,预见性的判定时间应该限制在合同订立时。也有学者认为大多数时候,预见性限定在合同订立时,但也不排除在例外的案件中预见性成立于合同订立之后。因为一些信息只能在合同订立之后的履行准备中才能提供,受害方仍然可以依赖它们主张预见性成立。而 Robert Koch 教授还对法语、西班牙语以及俄语文本进行了相关的分析,他认为就英文文本而言,公约似乎支持违约行为发生时的观点;而就其他三种语言的文本来,公约则似乎支持合同订立时的观点。总之,该预见时间标准问题在学界尚无定论。笔者认为,如果总以违约行为发生时债务人能否预见作为判断标准,对债务人的要求未免过于苛刻。相较之下,考虑到当事人双方订立合同的基本目的和意思,原则上以双方订立合同时的预见能力为标准更为妥当。但如果有关证据证明违约行为发生时债务人的预见能力已经明显超出订立合同时其的预见能力,再死守订立合同时这一标准会对债权人明显不公平,因而可以结合实践做调整。

1.4 实质性损害

CISG 第 25 条关于损害也作出了规定,便是应当“‘实质上’剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西”,一般简称为实质损害(substantial detriment)。一般认为,“损害”本身有三层意思或说三个要素:对受害方的有关损害;损害之根本性;损害与合同项下的期待成比例。而相对于“损害”而言,“实质上的剥夺”引起了更多的争议,也是法院判案的关键。“实质的”本是一个弹性的词语,联合国贸易法委员会在对 1978 年公约草案所作的评注中指出:“损害是否严重,应根据每一事件的具体情况来确定,例如合同金额、违反合同造成的金额损失,或者违反合同对受害人其他活动的影响程度。”该评注在一定程度上弥补了《公约》在这个问题上的空缺,对于理解根本违约是有帮助的。但它的补充仍然不尽完善,实际操作性并不强。结合学者的评述与实践中的判例,笔者认为在考虑是否“实质上”的损害时应当综合考虑以下因素:

1.4.1 可采取的救济性措施

是否具有其它可行的救济性措施也应当考虑在内。如果损害赔偿不足以弥补因违约所造成的损失,而只有合同的继续履行才能真正弥补因违约所造成的损失,在这种情况下,虽然违约使得受害方当事人遭受损失,但受害方当事人根据合同规定有权期待得到的利益并未被实质性剥夺,这一利益仍有可能通过合同的继续履行得以实现,则违约不构成根本违约。

1.4.2 合同义务的性质

债务人违反的是主义务还是附随义务,这一般根据当事人双方订立合同的目的就能判断。若违反的是主义务,则容易构成根本违约。

1.4.3 违约情形的严重性

在这一点上又可以考虑多个因素,如违约行为持续时间的长短。一般说来,违约行为持续的时间越长,违约构成根本违约的可能性就越大。又如违约部分的价值与合同总价值的比例。一般说来,这一比例越高,违约构成根本违约的可能性就越大;这一比例越低,违约构成根本违约的可能性就越小。当然这并不是说必须要量化的比较,况且许多价值是不可量化的,但不可否认这应当是考虑的重要因素之一。再如当事人的违约行为是故意所致还是疏忽所致等。

2 《联合国国际货物销售合同公约》中的根本违约制度对我国合同法的借鉴意义

虽然《合同法》相较于之前的法律,在根本违约的规定上有所发展,但通过将《合同法》与 CISG 进行比较,我们也可以发现《合同法》虽然吸收了 CISG 关于根本违约的规定,但仍然存在不足:

2.1 没有明确使用根本违约的概念

《合同法》只是把根本违约的实质精神体现在 94 条第(4)项关于“迟延履行”与“其他违约行为”的规定中,但是根本违约的概念使用的较为隐蔽,不利于当事人对其理解。如果能明确使用根本违约的概念,不仅法律制度将更加明晰化,也省去了人们对概念的揣测,可以使根本违约的作用也将得到更大发挥。

2.2 根本违约的标准——“不能实现合同目的”过于原则性

这个标准的确立是借鉴 CISG 的作法,将违约后果与合同目的实现结合起来确定法定解除合同的条件,较以前三部合同法来讲,已是向前大大迈进了一步,但仍显得太笼统。实践中因现实情况的复杂多样而显得操作性不强,我国又没有判例法,在缺乏对什么是“不能实现合同目的”有清楚解释的情况下,对于具体情形下当事人是否可以行使法定解除权往往会引起很大的争议。就像有学者指出的那样,是否构成根本违约,“最终是一个由法官解释合同并依其裁量权加以判定的事项”。

2.3 未列举“其他违约行为”及其具体形态下根本违约的判定标准

相比之下,CISG 在第 49 条、第 51 条、第 64 条、第 72 条、第 73 条分别规定了不履行、迟延履行、瑕疵履行、预期违约等不同违约形态下根本违约的具体判定标准。因此,我国《合同法》可规定更加细致的判定标准以使其适用更具确定性。

参考文献

- [1] 韩世远. 根本违约论[J]. 吉林大学社会科学学报, 1999, (7).
- [2] See A. G. Guest edited Anson's Law of Contract, 26th ed (J). Clarendon Press. Oxford, 1984: 115-116.
- [3] 王利明. 论根本违约与合同解除的关系[J]. 中国法学, 1995, (3).
- [4] [英] 约翰·史密斯, 张昕译. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2004.